

Het Europees wettelijk kader

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2002). Het Europees wettelijk kader. In R. E. van Esch, & J. E. J. Prins (Eds.), *Recht en elektronische handel* (pp. 31-41). Kluwer.

Document status and date:

Published: 01/01/2002

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Het Europees wettelijk kader

J.M. Smits

1. Inleiding

Dat elektronische handel wetgeving verdient, wordt vrij algemeen aangenomen. De reden daarvoor is niet zozeer dat de bestaande regels van het overeenkomsten- en aansprakelijkheidsrecht niet een oplossing zouden kunnen bieden voor de problemen die specifiek door het gebruik van elektronische middelen worden gecreëerd. Die oplossing is er meestal wel, maar vereist niet zelden een creatieve uitleg van de bestaande regels door de rechter of andere rechtstoepasser. Juist om onzekerheid omtrent die uitleg te voorkomen, hebben vele wetgevers specifieke, op de elektronische handel toegesneden, wetgeving in het leven geroepen. Daarnaast is er een ander argument voor regulering van elektronische handel op internationaal niveau: omdat elektronische middelen zich bij uitstek lenen voor het verrichten van grensoverschrijdende transacties, heeft nationale wetgeving maar beperkte betekenis. Vandaar ook dat niet alleen de Europese wetgever, maar ook verschillende internationale organisaties zich bezighouden met regulering van elektronische handel. Dat geldt ook voor de Europese wetgever, die zich bij het vormgeven van een Europees kader vooral laat leiden door de argumenten van de bevordering van de interne markt en de consumentenbescherming.

Doel van deze bijdrage is om het Europees wettelijk kader voor elektronische handel te schetsen. Daarnaast besteed ik summier ook aandacht aan enkele initiatieven in Nederland en op wereldschaal. De inhoud van de Europese regels komt uitdrukkelijk *niet* uitgebreid aan de orde: dat geschiedt elders in dit boek. Evenmin worden modelcontracten en model-algemene voorwaarden (zoals de door de International Chamber of Commerce opgestelde Uniform Rules for Electronic Trade and Settlement – URETS) hier besproken (zie daartoe hoofdstuk 4). De nadruk ligt op de regulering van de langs elektronische weg te sluiten overeenkomst – het onderwerp waar de Europese ‘regeldichtheid’ het hoogst lijkt te zijn.¹

2. Europees recht en doorwerking van richtlijnen

De Europese Unie² heeft al langere tijd oog voor de noden van de informatiemaatschappij.³ Al in 1994 werd aan de Europese Raad het zg. Bangemann-rapport inzake ‘Europa en de

¹ Over elektronische handel en vermogensrecht zie men met name J.E.J. Prins & S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel*, Deventer: Tjeenk Willink 2000; R.E. van Esch, J.W. Winter & G.J. van der Ziel, *Afscheid van papier; handelsrecht en moderne technologie*, Deventer: Tjeenk Willink 2001; J.E.J. Prins, *Privaatrecht: virtuele verkenningen*, WPNR 6443 (2001), p. 364 en R.E. van Esch, *Recente ontwikkelingen in het vermogensrecht op het terrein van de elektronische handel*, WPNR 6443 (2001), p. 373.

² Hoewel strikt juridisch beschouwd onderscheid dient te worden gemaakt tussen de bevoegdheden van de Europese Gemeenschap en de Europese Unie, wordt – conform het tegenwoordig juridisch spraakgebruik – in deze bijdrage steeds van Unie gesproken.

³ Voor een overzicht, zie F.W. Grosheide, ‘The Legal Mapping and Tracking of Electronic Commerce – A View from the EU’, in: *European Private Law 1999/2000: e-commerce issue*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2000, p. 4 v. en vooral het chronologisch overzicht op de ‘Information Society Website’ van de Europese Commissie: http://europa.eu.int/ISPO/basics/i_history.html. Zie ook het overzicht op de site <http://rechten.kub.nl/keybase/links.htm>.

wereldwijde informatiemaatschappij'⁴ aangeboden, waarin vooral werd gewezen op het grote belang van de informatiemaatschappij voor Europa om internationaal competitief te blijven. De aanbevelingen in dat rapport leidden via de nodige andere rapporten tot de aanneming van een 'communautair meerjarenprogramma om de totstandbrenging van de informatiemaatschappij in Europa te stimuleren'.⁵ Sindsdien verschenen nog vele andere notities en resoluties waarin onder meer aandacht werd gevraagd voor de positie van de consument.⁶ Mede geïnstigeerd door deze rapporten en resoluties is sindsdien een aantal richtlijnen uitgevaardigd die in elk geval mede ten doel hebben om de groei van de informatiemaatschappij te bevorderen en haar uitwassen te bestrijden. Deze richtlijnen bestrijken een groot aantal verschillende terreinen. Alvorens een aantal van deze terreinen meer in detail te bespreken, wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan de juridische status van de Europese richtlijn in het Nederlandse recht. Die vraag is van groot belang voor de betekenis die het uit Brussel afkomstige recht hier te lande heeft.

Zoals bekend is het belangrijkste doel van de Europese Unie het bevorderen van economische activiteit, waartoe met name het instellen van een gemeenschappelijke markt vereist is (art. 2 EG-Verdrag). In de preambules bij de richtlijnen die van belang zijn voor de elektronische handel wordt dit motief steeds genoemd. De bevordering van de 'informatiemaatschappij' via elektronische handel draagt in de visie van de Europese Commissie duidelijk bij aan de interne markt, de werkgelegenheid en de groei van de economie. Voor zover verschillen in nationale wetgeving bestaan of waar rechtzekerheid en vertrouwen van consumenten worden belemmerd, staat dat in de weg aan de doelstellingen van de Europese Unie. Bedacht dient hierbij wel te worden dat de bevoegdheid van de EU wordt ingeperkt door het subsidiariteitsbeginsel zoals neergelegd in art. 5 EG-Verdrag. Slechts voor zover een Europese doelstelling niet voldoende door de lidstaten kan worden verwezenlijkt, mag de EG ingrijpen. Op het terrein van de elektronische handel lijkt dit artikel echter zelden een sta-in-de-weg te zijn, juist vanwege de internationale dimensie: regulering van elektronische handel geschiedt inderdaad beter op internationaal dan nationaal niveau.

Het instrument van de richtlijn is blijkens art. 249 EG-Verdrag een van de middelen die kunnen worden gebruikt voor de verwezenlijking van de interne markt. De keuze voor de richtlijn in plaats van voor een verordening biedt als voordeel dat het aan de lidstaten zelf is overgelaten welke vorm en middelen zij kiezen om het vereiste resultaat te bereiken. Na implementatie van de richtlijn is deze deel geworden van het nationale recht en daarmee direct toepasselijk op de verhoudingen waarvoor de regels van de richtlijn zijn geschreven. Op twee problemen in verband met de implementatie van richtlijnen dient hier nader te worden ingegaan.

In de eerste plaats is de vraag op welke wijze implementatie precies dient te geschieden. De standaardoverweging van het Europese Hof van Justitie luidt dat omzetting van een richtlijn in intern recht niet noodzakelijkerwijze vereist 'dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke, specifieke wettelijke bepaling worden overgenomen, en kan naar gelang van de inhoud van de richtlijn een algemene juridische context daartoe voldoende zijn, wanneer deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende bepaalde en duidelijke wijze verzekert, zodat, ingeval de richtlijn rechten voor particulieren in het leven beoogt te roepen, de begunstigden al hun rechten kunnen kennen en ze zo nodig voor de nationale rechterlijke instanties kunnen doen gelden'.⁷ Dit lijkt in overeenstemming met art. 249 EG-Verdrag, dat vorm en middelen van implementatie aan de lidstaten overlaat. Vraag is echter

⁴ Beschikbaar op onder meer de site: <http://www.rewi.hu-berlin.de/datenschutz/report.html>.

⁵ Beschikking 98/253 van de Raad van 30 maart 1998, *PbEG* 1998 L 107/10.

⁶ Zoals de Resolutie van de Raad 19 januari 1999 over de consument en de informatiemaatschappij, *PbEG* 1999 C 23/1.

⁷ HvJ EG, zaak C-361/88, *Jur.* 1991, p. 2567 (Commissie/Duitsland).

of deze regel ook onverkort geldt bij richtlijnen die ten doel hebben om de consument te beschermen.

In een recente uitspraak heeft het Hof van Justitie⁸ namelijk benadrukt dat in het bijzonder op het terrein van de consumentenbescherming een richtlijnconforme uitleg door de nationale rechter niet voldoende is voor de consument om diens rechten te kunnen kennen. Hier geldt nl. dat ‘een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn.’ Dit lijkt te impliceren dat richtlijnen, zeker als die liggen op het terrein van de bescherming van consumenten die grensoverschrijdende transacties verrichten (zoals de meeste richtlijnen op het terrein van het privaatrecht), vrijwel steeds nauwkeurig door middel van wetgeving moeten worden geïmplementeerd.⁹ Dit is alleen anders als de nationale wetgeving al zo voldoende bepaald en duidelijk in overeenstemming met de richtlijn is dat de rechtszekerheid implementatie niet eist.¹⁰ Dat het nationale recht ‘geen enkele twijfel laat bestaan omtrent de draagwijdte van de rechtspositie die particulieren aan de richtlijn ontleen’¹¹ zal mijns inziens slechts hoogst zelden voorkomen. Dit stelt dus hoge eisen aan de implementatie van de richtlijn.

In de tweede plaats moet de vraag worden gesteld wat rechtens is indien de richtlijn niet, te laat of onjuist is geïmplementeerd. Op Europees vlak kan de Commissie in dat geval een procedure wegens verdragsschending openen (art. 226 EG-Verdrag). Van meer belang voor de rechtspositie van de burger is echter een drietal andere mogelijkheden die door het Hof van Justitie zijn ontwikkeld.

Zoals gezegd werkt de richtlijn in beginsel slechts indirect jegens de burger, die er slechts rechten aan kan ontleen via zijn lidstaat die moet implementeren. Indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, is echter ook een verticale directe werking mogelijk, d.w.z. tussen lidstaat (inclusief gemeente, provincie, etc. maar ook overheidsondernemingen of bedrijven met een bepalende invloed van de overheid¹²) en burger.¹³ Vereist is daartoe dat de lidstaat de richtlijn niet, te laat of verkeerd heeft omgezet en de bepalingen van de richtlijn zich naar hun aard lenen voor directe werking: zij dienen voldoende precies te zijn en aan de burger onvoorwaardelijk een recht toe te kennen. In dat geval kan de burger zich jegens de overheid rechtstreeks op de richtlijn beroepen. Ten overvloede zij er op gewezen dat een *horizontaal* direct effect (werking tussen burgers onderling) bij richtlijnen – anders dan bij bepalingen van het EG-Verdrag zelf – is uitgesloten. Ware dit anders, dan zou een richtlijn al zonder omzetting toepasbaar zijn in de verhouding tussen burgers onderling en zou het verschil tussen verordening en richtlijn verdwijnen.

Een tweede wijze waarop een gebrekkige implementatie kan worden geheeld, betreft de richtlijnconforme interpretatie. De nationale rechter dient het nationale recht (ook dat van voor de richtlijn) zoveel mogelijk conform de richtlijn (‘in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn’) uit te leggen.¹⁴ Deze plicht bestaat al vanaf het moment van inwerkingtreding van de richtlijn, dus nog vóór de implementatiedatum. Hoe ver deze richtlijnconforme

⁸ HvJ EG 10 mei 2001, zaak C-144/99, *Jur.* 2001, 3541 (Commissie/Nederland).

⁹ Zie J.M. Smits, ‘Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie’, *WPNR* 6461 (2001), p. 853.

¹⁰ Vgl. de Conclusie van Advocaat-Generaal Tizzano, no. 16: ‘een duidelijke en nauwkeurige overeenstemming’.

¹¹ Aldus de Advocaat-Generaal, no. 17, onder verwijzing naar HvJ EG, zaak C-236/95, *Jur.* 1996, p. 4459 (Commissie/Griekenland).

¹² HvJ EG, zaak C-188/89, *Jur.* 1990, p. 3313 (Foster).

¹³ HvJ EG, zaak C 270/81, *Jur.* 1981, p. 2771 (Felicitas); HvJ EG, zaak C 148/78, *Jur.* 1979, p. 1629 (Ratti); HvJ EG, zaak C-168/95, *Jur.* 1996, p. 4719 (Arcaro).

¹⁴ HvJ EG, zaak C-14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Colson).

interpretatie precies gaat, is niet heel duidelijk.¹⁵ Zeker is dat een contra legem uitleg niet van de rechter kan worden gevergd.

Ten slotte zij gewezen op de zogenaamde Francovich-aansprakelijkheid. Indien de lidstaat een richtlijn niet, te laat of onjuist heeft omgezet, is de staat aansprakelijk voor de schade die daaruit voortvloeit.¹⁶ Voorwaarden daartoe zijn wel dat de geschonden regel er toe strekt om aan particulieren rechten toe te kennen, dat de inhoud van die rechten aan de hand van de richtlijn kan worden bepaald en dat een causaal verband bestaat tussen de schending van de richtlijn en de schade van de burger.

Het bovenstaande impliceert dat Europese richtlijnen een directe rechtsbron zijn voor de Nederlandse rechter, reeds in de fase vóór de implementatie (bij de richtlijnconforme interpretatie), maar ook daarna voor zover de implementatie niet op juiste wijze geschiedde. De rechter heeft ook een eigen verantwoordelijkheid om te bezien of de geïmplementeerde wetgeving wel in overeenstemming is met de richtlijn. Zelfs waar de implementatie wel correct geschiedde, zal de rechter in geval van twijfel over de juiste uitleg van de geïmplementeerde bepalingen moeten terugvallen op de richtlijn. Dit impliceert weer dat zowel de datum van uitvaardiging van de richtlijn als de datum waarvoor implementatie moet plaats hebben van belang blijven: de eerste omdat vanaf die datum richtlijnconform moet worden uitgelegd, de tweede omdat vanaf dat moment vaststaat dat de overheid mogelijk aansprakelijk is.

3. Europese richtlijnen inzake elektronische handel en hun implementatie in Nederland: een overzicht

Het Europese kader voor de elektronische handel wordt gevormd door een aantal richtlijnen die specifiek met het oog op elektronische handel zijn gemaakt en een aantal andere richtlijnen die een meer algemene betekenis hebben. Gedeeltelijk zijn deze richtlijnen ook al in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Zij betreffen een grote verscheidenheid aan onderwerpen: karakteristiek voor het recht van Europese oorsprong is dat het niet overeenkomstig de traditionele rechtsgebieden is ingedeeld, maar concreet opgekomen problemen behandelt. Er is wel op gewezen¹⁷ dat dat belangrijke consequenties heeft voor de consistentie van het privaatrecht: binnen het nationale kader ontstaan Europeesrechtelijke enclaves met regels van eigen oorsprong en met een eigen 'Europese' interpretatiemethode. Dat is ook een van de argumenten voor het vervaardigen van 'beginselen' van Europees privaatrecht, zoals de Principles of European Contract Law (PECL).¹⁸ Deze zouden als (niet-bindend) kader kunnen dienen voor Europese richtlijnen, zij het dat bij het formuleren van de PECL met de inhoud van de Europese richtlijnen (nog) geen rekening is gehouden.

Het is overigens opvallend dat de Nederlandse regering niet tot eigen wetgeving is gekomen op het terrein van de elektronische handel. De bestaande en toekomstige wetgeving op dit vlak is vrijwel volledig ingegeven door Europese richtlijnen. Toch heeft de regering expliciet nagedacht over de vraag of, en zo ja in hoeverre, de elektronische handel nader dient te worden geregeld. Dit is geschied in de Kabinetsnota Wetgeving voor de elektronische snelweg ('nota Wes').¹⁹ In de nota wordt aangegeven waar aanpassing van het Nederlandse recht vereist lijkt en welke initiatieven daartoe zijn of dienen te worden ondernomen. In de notitie

¹⁵ M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001.

¹⁶ HvJ EG, zaak C-6/90 en C-9/90, *Jur.* 1991, p. 535 (Francovich).

¹⁷ Zie over het argument van fragmentatie van privaatrecht door Europese richtlijnen J.M. Smits, 'Waarom harmonisering van het contractenrecht (via beginselen) onwenselijk is', *Contracteren* 2001, p. 73 en infra, paragraaf 4.

¹⁸ Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, The Hague: Kluwer 2000.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 880, nrs. 1-2.

Internationalisering en Recht in de Informatiemaatschappij²⁰ wordt in navolging van de Kabinetsnota nog eens benadrukt dat het internationale karakter van elektronisch rechtsverkeer internationale – bij voorkeur mondiale – regelgeving eist. De notitie beperkt zich dan ook tot een aangeven van een twaalfstal ‘vuistregels’ voor de Nederlandse inzet bij het totstandbrengen van internationale regelgeving.²¹

De drie meest belangrijke richtlijnen voor de elektronische handel van belang voor het vermogensrecht zijn de Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten,²² de Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen²³ en de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.²⁴ In de preambules bij deze richtlijnen wordt steeds verwezen naar het motief dat juist nieuwe technologieën van groot belang zijn voor het doen van grensoverschrijdende aankopen en daarmee essentieel voor de voltooiing van de interne markt. De basis voor deze richtlijnen is dan ook art. 95 EG-Verdrag, dat maatregelen inzake ‘de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen’ mogelijk maakt. Er behoeft niet aan te worden getwijfeld dat de bevoegdheid voor het uitvaardigen van deze richtlijnen daarmee aanwezig is. Dat is niet van belang ontbloomd omdat bij gebreke van die bevoegdheid het Europees Hof van Justitie aan de richtlijn de geldigheid kan onthouden.

Van de drie genoemde richtlijnen is er thans één in Nederland geïmplementeerd. Voor de richtlijn inzake afstandsovereenkomsten geschiedde dat bij de Wet van 21 december 2000,²⁵ dat een nieuwe afdeling 7.1.9A (art. 7:46a-j) in het BW invoerde. Het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn elektronische handtekeningen (‘Wet elektronische handtekeningen’) is thans in behandeling in de Tweede Kamer; het zal leiden tot aanpassing van het BW, de Telecommunicatiewet en de Wet op de Economische Delicten.²⁶ Daarmee staat vast dat de uiterste implementatiedatum van 19 juli 2001 niet is gehaald. Inzake de richtlijn elektronische handel, te implementeren voor 17 januari 2002, is in januari 2002 een wetsvoorstel ter implementatie ingediend.²⁷

Naast deze Europese vermogensrechtelijke ‘kernregeling’ is er nog een aantal richtlijnen, of ontwerpen daarvoor, dat specifiek ziet op de informatiemaatschappij. Zo is daar de Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften.²⁸ Deze richtlijn bevat in art. 1 lid 2 een definitie van het begrip ‘diensten van de informatiemaatschappij’. Die definitie dient als basis voor het toepassingsbereik van de richtlijn elektronische handel. Op het terrein van de bescherming van persoonsgegevens liggen de Richtlijn 95/46/EG van het

²⁰ *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 880, nr. 10.

²¹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 880, nr. 10, p. 19-20. De notitie bevat een overzicht van de genomen initiatieven of internationaal en nationaal niveau (stand mei 2000).

²² *PbEG* 1997 L 1997/144.

²³ *PbEG* 2000 L 013/12.

²⁴ *PbEG* 2000 L 178/1.

²⁵ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 617. De parlementaire behandeling is te vinden onder *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 861. Deze Wet Verkoop op afstand is op 1 februari 2001 in werking getreden (*Stb.* 2001, 24), slechts acht maanden na de uiterste implementatiedatum van 4 juni 2000.

²⁶ *Kamerstukken II* 2000/2001, 27 743. In het BW zullen volgens het wetsvoorstel twee afdelingen worden ingevoegd: een nieuwe afdeling 3.1.1A (art. 3:15a-15c) BW gewijd aan ‘Elektronisch vermogensrechtelijk rechtsverkeer’ en een afdeling 6.3.4A (art. 6:196b) gewijd aan ‘Aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer’.

²⁷ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197. Zie over het voorstel van wetsontwerp F.W. Grosheide, ‘Contracteren online’, *WPNR* 6464 (2001), p. 941.

²⁸ *PbEG* 1998 L 204/37, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/48/EG, *PbEG* 1998 L 217/18.

Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens²⁹ en de Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector.³⁰ De eerste van deze twee richtlijnen is in Nederland geïmplementeerd bij de Wet bescherming persoonsgegevens.³¹ De laatste richtlijn is een goed voorbeeld van het beleid van de EU op het terrein van regulering van privacy: naast de algemene privacyrichtlijn worden ter verdere harmonisatie sectorale privacyrichtlijnen ontwikkeld.³² Ten slotte zij er op gewezen dat in het kader van de Raad van Europa wordt gewerkt aan een verdrag inzake ‘Crime in Cyberspace’.³³

Een derde categorie Europese richtlijnen betreft richtlijnen die weliswaar mede van toepassing zijn op langs elektronische weg gesloten overeenkomsten, maar die ook een meer algemene betekenis hebben. Het betreft steeds consumentenbeschermende wetgeving. Tot dit communautair acquis behoren met name Richtlijn 84/450/EEG inzake misleidende en vergelijkende reclame,³⁴ Richtlijn 87/102/EEG inzake consumentenkrediet,³⁵ Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen,³⁶ Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten,³⁷ Richtlijn 94/47/EG inzake timeshare³⁸ en ten slotte Richtlijn 1999/44/EG betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen.³⁹ In de preambule bij deze laatste richtlijn wordt als ratio voor de uitvaardiging de bevordering van ‘goederenverkoop via de nieuwe technologieën voor communicatie op afstand’ expliciet genoemd. Richtlijn 85/374/EG inzake produktaansprakelijkheid⁴⁰ – mede van belang voor de elektronische handel – ligt op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht.

Opvallend bij het bezien van het hiermee geschapen Europese kader is dat, ondanks de wens en de noodzaak om de materie op een hoger dan Europees niveau te regelen, weinig rekening is gehouden met al bestaande internationale teksten. In de (preambules bij de) Europese richtlijnen wordt bijvoorbeeld geen rekening gehouden met de inhoud van de in 1996 tot stand gebrachte modelwet over elektronische handel van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Deze Model Law on Electronic Commerce⁴¹ bevat bepalingen die als model kunnen dienen voor nationale en Europese wetgeving. De EU heeft echter verkozen om eigen regelgeving op te stellen. Daarbij werd niet alleen geen gebruik

²⁹ PbEG 1995 L 281/31.

³⁰ PbEG 1998 L 24/1.

³¹ Wet van 6 juli 2000 houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens, *Stb.* 2000, 302 (in werking per 1 september 2001). Ook hier is de implementatiedatum van 23 oktober 1998 niet gehaald. Deze wet vervangt de Wet Persoonsregistraties.

³² Richtlijnen op het terrein van intellectuele eigendom (met name de Richtlijn 96/9/EG van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, PbEG 1996 L 77/20, geïmplementeerd bij Wet van 8 juli 1999, *Stb.* 1999, 303) worden besproken door P.B. Hugenholtz, ‘Elektronische handel en intellectuele eigendom’, *WPNR* 6443 (2001), p. 399. Zie voor het internationaal privaatrecht M.V. Polak, ‘WWW.IPR.NL: Het waarom, waarmee en waarheen van het Nederlands internationaal privaatrecht in het tijdperk van het internet’, *WPNR* 6443 (2001), p. 407.

³³ Zie daarover *Kamerstukken II* 1999-2000, 23 530, nr. 40.

³⁴ PbEG 1984, L 250/17, gewijzigd bij Richtlijn 97/55/EG, PbEG 1997 L 290/18.

³⁵ PbEG 1987, L 42/48, gewijzigd bij Richtlijn 98/7/EG, PbEG 1998 L 101/17.

³⁶ PbEG 1990, L 158/59.

³⁷ PbEG 1993 L 95/29.

³⁸ PbEG 1994 L 280/83.

³⁹ PbEG 1999 L 171/12.

⁴⁰ PbEG 1985 L 210/29. Alle genoemde richtlijnen zijn opgenomen in J.H.M. van Erp & J.M. Smits (red.), *Bronnen Europees privaatrecht*, Den Haag: Boom 2001.

⁴¹ Later aangevuld met een art. 5 bis. Zie *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment with additional article 5 bis as adopted in 1998*, New York: United Nations 1999.

gemaakt van de modelwet, maar ook niet van al bestaande nationale (met name Amerikaanse⁴²) regelingen met soms zeer gedetailleerde regels die als inspiratiebron van groot nut hadden kunnen zijn in de Europese context.⁴³

4. Het Europese kader geconfronteerd met het traditionele vermogensrecht

Zoals reeds aangegeven laat de Europese wetgever zich weinig gelegen liggen aan traditionele onderscheidingen binnen het (privaat)recht. De Europese richtlijnen geven immers steeds regels over een bepaald thema. Die functionele benadering maakt het soms lastig om vast te stellen op welke traditionele onderdelen van het vermogensrecht (of andere rechtsterreinen) de invloed van Europees recht zich doet gevoelen. Toch is dat noodzakelijk omdat de onderwerpen die door Europees recht worden gedekt een eigen interpretatiemethode vereisen en bovendien de lidstaten op die terreinen aansprakelijk kunnen worden gesteld in geval van gebrekkige implementatie. In het navolgende wordt nagegaan welke traditionele deelgebieden van het vermogensrecht thans worden beheerst door Europese regelgeving. Uiteraard is het overzicht van dit communautair acquis beperkt tot regels van belang voor de elektronische handel.⁴⁴ Conform de klassieke structuur van het vermogensrecht komen achtereenvolgens het goederenrecht, overeenkomstenrecht en aansprakelijkheidsrecht aan de orde.

De Europese wetgever heeft zich tot nog toe weinig bemoeid met het goederenrecht.⁴⁵ Debet daaraan is wellicht dat in de visie van de Europese Commissie regulering op dit vlak niet nodig is ter bevordering van de interne markt. In art. 295 EG-Verdrag worden volgens de heersende leer ook beperkingen gesteld aan Europese bemoeienis. Wanneer wordt geabstraheerd van de wijze van totstandkoming van de overeenkomst ten aanzien van onroerend goed,⁴⁶ resteert alleen een summiere en praktisch weinig invloedrijke bepaling over het eigendomsvoorbehoud.⁴⁷ De richtlijn inzake cultuurgoederen⁴⁸ heeft immers geen directe relatie met elektronische handel.

Op het vlak van de onrechtmatige daad bestaan meer regels van Europese oorsprong. Behalve de produktaansprakelijkheid wordt ook de onrechtmatigheid bij het door een professionele handelaar aanbieden van goederen of diensten met gebruikmaking van misleidende reclame – hetgeen ook op een website kan geschieden – geregeld.⁴⁹ Daarnaast bestaan Europese regelingen van het verhaalsrecht van de verkoper op diens voorschakel⁵⁰ en van de aansprakelijkheid van de dienstverlener (tussenpersoon) in de informatiemaatschappij.⁵¹

⁴² Zie de Uniform Electronic Transaction Act (UETA), de Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA) en de Electronic Signatures in Global and National Commerce Act. Zie ook C.E. Drion, 'Amerikaans recht een inspiratiebron voor Nederlandse regelgeving op het gebied van electronic commerce?', *WPNR* 6443 (2000), p. 382.

⁴³ Zie kritisch over het moment van totstandkoming van de elektronische overeenkomst in de Europese richtlijn bijv. Christina Hultmark Ramberg, 'The E-Commerce Directive and formation of contract in a comparative perspective', *European Law Review* 2001, p. 429.

⁴⁴ Zie voor een algemeen overzicht bijv. de bijlage bij de Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, *PbEG* 2001 C 255/1.

⁴⁵ Voor een overzicht J.M. Smits, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 1999, p. 245 v.

⁴⁶ Daarover bestaan met name regels inzake de overeenkomst van timeshare (Richtlijn 94/47/EG).

⁴⁷ Art. 4 van Richtlijn 2000/35/EG van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *PbEG* 2000 L 200/35.

⁴⁸ Richtlijn 93/7/EEG van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een Lid-Staat zijn gebracht, *PbEG* 1993 L 074/74.

⁴⁹ Richtlijnen 84/450/EG en 97/55/EG inzake misleidende reclame (zie art. 6:194-196 BW).

⁵⁰ Art. 4 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop.

⁵¹ Art. 6 van Richtlijn 1999/93/EG inzake elektronische handtekeningen; art. 12 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

Op het vlak van het overeenkomstenrecht bestaan verreweg de meeste regels. Kenmerkend is evenwel dat deze regels nooit het gehele overeenkomstenrecht beheersen, maar steeds slechts van toepassing zijn op specifieke typen contracten. Het aanhouden van de klassieke onderscheiding tussen totstandkoming, inhoud en uitvoering van de overeenkomst levert het volgende beeld op.

De totstandkoming van de overeenkomst (ook die langs elektronische weg) wordt beheerst door regels over vormvoorschriften,⁵² vertegenwoordiging,⁵³ het tijdstip van totstandkoming,⁵⁴ bewijs van het bestaan van een verklaring⁵⁵ en voor en na het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij te verstrekken informatie.⁵⁶ De contractsinhoud wordt beheerst door regels over uitleg,⁵⁷ oneerlijke bedingen⁵⁸ en algemene voorwaarden.⁵⁹ De meeste regels bestaan op het terrein van de uitvoering van de overeenkomst: de contractuele remedies zijn een geliefd terrein van de Europese wetgever. Aldus bemoeit Brussel zich met het conformiteitsbegrip bij consumentenkoop,⁶⁰ acties van de consument-koper bij niet-nakoming,⁶¹ jegens de consument bij koop afgegeven commerciële garanties,⁶² het tijdstip van nakoming en de te betalen rente bij niet-nakoming.⁶³

In het bovenstaande overzicht vallen twee dingen op. In de eerste plaats wordt het beeld van fragmentatie van het privaatrecht bevestigd: de voorschriften van Europese oorsprong bestrijken een zeer uiteenlopend scala aan onderwerpen die niet zijn gerangschikt volgens de traditionele onderscheidingen. In de tweede plaats is opvallend dat de wijze van implementatie door de Nederlandse wetgever niet zelden gebrekkig is. Niet alleen wordt bij vrijwel elke richtlijn de uiterste datum voor implementatie overschreden, bovendien zijn er niet zelden detailverschillen tussen de Europese en de nationale regeling.⁶⁴ Dat niet wordt overgegaan tot letterlijke overname van de richtlijn, is wel begrijpelijk: men tracht om de Europese regelgeving zoveel mogelijk te voegen naar het systematisch 'zuivere' BW. Voor zover dat leidt tot verschillen ten nadele van de burger, betekent dit echter dat de in paragraaf 2 beschreven instrumenten ter 'heling' van de gebrekkige implementatie moeten worden toegepast. Steeds dient te worden gezien of de in de Nederlandse wetgeving neergelegde regel wel in overeenstemming is met de Europese richtlijn. Dat impliceert dat het nationaal en Europees kader voor regeling van de elektronische handel onlosmakelijk met elkaar verbonden blijven.

⁵² Art. 4 van Richtlijn 87/102/EEG inzake consumentenkrediet; art. 4 lid 2 van Richtlijn 90/314 inzake pakketreizen (zie art. 7:501 BW); art. 4 van Richtlijn 94/47/EG inzake timeshare (zie art. 7:48b BW); art. 9 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁵³ Art. 9 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁵⁴ Art. 11 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁵⁵ Art. 5 van Richtlijn 1999/93/EG inzake elektronische handtekeningen.

⁵⁶ Art. 3-4 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen (zie art. 7:501-502 BW); art. 3 van Richtlijn 94/47/EEG inzake timeshare (zie art. 7:48f BW); art. 4-5 van Richtlijn 97/7 inzake afstandsovereenkomsten (zie art. 7:46c BW); art. 5-6 en 10 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁵⁷ Art. 5 van Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen (zie art. 6:238 lid 2 BW).

⁵⁸ Zie Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen.

⁵⁹ Onder meer art. 10 lid 3 van Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel.

⁶⁰ Art. 2-3 en 5 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop. Zie ook art. 5 lid 2 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen (zie art. 7:507 BW).

⁶¹ Art. 5 van Richtlijn 85/577/EEG van 20 december 1985 inzake de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *PbEG* L 372/31; art. 4-5 van Richtlijn 90/314/EEG inzake pakketreizen (zie art. 7:500 v. BW); art. 5 van Richtlijn 94/47/EG inzake timeshare (zie art. 7:48c BW); art. 6 van Richtlijn 97/7 inzake afstandsovereenkomsten (zie art. 7:46d BW); art. 3 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop.

⁶² Art. 6 van Richtlijn 1999/44/EG inzake consumentenkoop.

⁶³ Art. 3 van Richtlijn 2000/35/EG inzake bestrijding van betalingsachterstand.

⁶⁴ Zie daarover voor Richtlijn 1999/44/EG bijv. Smits, *WPNR* 6461 (2001), p. 853 en dez., De voorgenoemen implementatie van de richtlijn consumentenkoop: een gebrekkig wetsvoorstel, *WPNR* 6470 (2001), p. 1047 v.

Jan Smits is hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.